

ソーシャルネットワーキングサービスゲームと 著作権侵害

——プロ野球ドリームナイン事件——

知財高判平成 27 年 6 月 24 日（平成 26 年（ネ）第 10004 号）裁判所 HP

泉 克 幸

I 事案の概要

ソーシャルネットワーキングサービスゲーム（以下、「SNS ゲーム」）とはオンラインゲームのうち、社会的交流をインターネット上で構築するサービスであるソーシャルネットワーキングサービス上で提供され、他の利用者とコミュニケーションを取りながらプレイするスタイルのものをいう。X（原告・控訴人）は、プロ野球カードを題材とした SNS ゲームである「プロ野球ドリームナイン」というタイトルのゲーム（以下、「X ゲーム」）を制作し、平成 23 年（2011 年）4 月 18 日からその正式版を、グリー株式会社が運営する携帯電話等のプラットフォームである「GREE」において配信していた。他方、Y（被告・被控訴人）もプロ野球カードを題材とする「大熱狂！！プロ野球カード」というタイトルの SNS ゲーム（以下、「Y ゲーム」）を制作し、平成 23 年 8 月 18 日頃に、株式会社 DeNA が運営する携帯電話等のプラットフォームである「Mobage」においてその提供・配信を開始した。

X ゲームは、「選手ガチャ」⁽¹⁾、「スカウト」⁽²⁾、「オーダー」⁽³⁾、「強

- (1) 選手ガチャとは、利用者がゲーム内においてあたかもプロ野球カードのパッケージを購入するかのようにして、選手カードを入手するものである。
- (2) スカウトとは、選手ガチャとは別に選手カードを入手する方法であり、あたかもスカウトが日本全国をまわりながら選手を視察し、スカウトするかのようにして選手カードを入手するものである。
- (3) オーダーとは、利用者が所持する選手カードについて、野手オーダーおよび投手起

化」⁽⁴⁾、「試合」⁽⁵⁾という5つの部分が相互に関係するように構成されている。Xゲームの「ドリナイマイページ」は、Xゲームの基本となるファーストビュー画面であるが、同画面上には、「選手ガチャ」、「スカウト」、「オーダー」、「強化」、「試合」といったメニューのバナーがあり、利用者はいずれかのバナーを選択する。Xゲームは概ね、以下のように進行する。

- ① 利用者は、選手ガチャおよびスカウトを実行して、所持する選手カードを増やしていく。
- ② 利用者は、①で収集した選手カードを強化する。具体的には、収集した選手カードから2枚を選択し、うち1枚の選手カードにもう1枚の選手カードを合成して、選手カードのレベルを上げることができる。
- ③ 利用者は、欲しい選手カードを入手したり、能力値の高い選手カードを入手したりしたときには、現在の野手オーダーや投手起用法（先発、中継ぎ、抑え）を見直し、オーダーの組み替えを行う。
- ④ 利用者は、上記①ないし③によって作成、強化した自己のチームを、携帯電話回線等を通じて他の利用者などのチームと対戦させる。
- ⑤ 利用者は、上記選択肢のうち必要と思われる行為を適宜選択し、これを繰り返しながらチームを強化し、理想とするチームを作り上げていく。

他方、Yゲームも前述したXゲームの5つの構成部分にそれぞれ対応する「ガチャ」⁽⁶⁾、「ミッション」、「オーダー」、「強化」、「試合」から構成されており、ゲームの内容・目的、その進み方もXゲームとほぼ同様である。

用法を設定するものである。

- (4) 強化とは、選手カードの能力を強化する方法である。
- (5) 試合とは、利用者が作成・強化したチームを、携帯電話を通じて他の利用者などのチームと対戦させることをいう。
- (6) ガチャとは選手カードを入手するものであり、利用者はガチャを行うに当たって、「ノーマルパック」と「レアパック」の2種類のいずれかを選択できる。このうち、レアパックは「モバコイン」がなければ取得できない。モバコインは利用者が料金を支払って購入する有料のポイントである。

XはYに対し、主位的に、①YがXゲームを複製または翻案し、Yゲームを自動公衆送信することによってXの有する著作権（複製権、翻案権、公衆送信権）を侵害していることを理由とする不法行為に基づく損害賠償、または、②Xゲームの映像や構成は周知もしくは著名な商品等表示または形態であるところ、Yゲームの映像や構成等はXゲームの映像や構成と同一または類似しているから不正競争防止法（以下、「不競法」）2条1項1号ないし3号の不正競争に該当することを理由とする不競法4条に基づく損害賠償を請求し、また、③著作権法112条1項1号または不競法3条の規定に基づきYゲームの配信（公衆送信、送信可能化）の差止めを求めた。また、Xは予備的に、④Yゲームの提供・配信は、Xゲームを提供・配信することによって生じるXの営業活動の利益を不法に侵害する一般不法行為に該当するとして主張して、民法709条に基づく損害賠償を請求した。

原判決⁽⁷⁾はXの請求を全て棄却した。これを不服としたXは、上記①および④の請求についてのみ知財高裁に控訴した。

Ⅱ 判旨

控訴審は原判決を変更してXの損害賠償請求の一部を認め、その他の請求を棄却した。

1 Yゲームの制作・配信行為はXの著作権を侵害するか

(1) 著作物性、複製および翻案について

「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、これと同一のものを作成し、又は、具体的表現に修正、増減、変更等を加えても、新たに思想又は感情を創作的に表現することなく、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得すること

(7) 東京地判平成25年11月29日（平成23年（ワ）第29184号）裁判所HP。

のできるものを作成する行為をいうと解するのが相当である」。「著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することができる別の著作物を創作する行為をいい、既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には翻案には当たらないと解するのが相当である（最判平成13年6月28日〔江差追分事件上告審〕）」。「複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との共通性を有する部分が、著作権法による保護の対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である。そして、『創作的』に表現されたというためには、厳密な意味で独創性が発揮されたものであることは必要ではなく、作者の何らかの個性が表現されたもので足りるというべきであるが、他方、表現が平凡かつありふれたものである場合には、作者の個性が表現されたものとはいえないから、創作的な表現であるということとはできない」。

(2) 選手ガチャにおける著作権侵害の成否について

「XゲームとYゲームの選手ガチャは、共通する点があるとはいえ、その共通する部分のほとんどは、そもそも事実の表現又はありふれた表現であり、したがって、創作性がないか、又は表現上、特徴的とはいえない表現にすぎない」。「両ゲームの選手ガチャは……一連の流れの中の個々の具体的な表現内容において大きく相違し、その相違点は創作性がある共通点の部分から受ける印象を大きく上回るものというべきであるから、両ゲームの選手ガチャに接する者が、その一連の動画全体から受ける印象は異なり、Yゲームの選手ガチャからXゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得することはでき

ないというべきである」。「したがって、Y ゲームの『選手ガチャ』は、X ゲームの複製又は翻案に当たらないと認めるのが相当である」。

(3) 選手カードにおける著作権侵害の成否について

i) 4 選手カードの複製および翻案の成否

控訴審は、X ゲーム、Y ゲームにおける中島選手、ダルビッシュ選手、坂本選手および今江選手（以下、「4 選手」という）のカードの表現は別紙「選手カード」（後掲）のとおりであること、両ゲームの選手カードの写真は、社団法人日本野球機構から提供を受けた複数の写真の中から選択したものを利用していること等を認定し、両ゲームの 4 選手カードの対比を行った上で、4 選手カード複製および翻案の成否について次のとおり、判断した。

a 中島選手について

「両ゲームの中島選手の選手カードをみると、本体写真のポーズ及び配置、多色刷りで本体写真を拡大した二重表示部分の存在、部位や位置関係、背景の炎及び放射線状の閃光の描き方という具体的な表現が同一であり、これによって中島選手の力強いスイングによる躍動感や迫力が伝わってくるものであって、両選手カードは、表現上の本質的特徴を同一にしているものと認められ、また、その表現上の本質的特徴を同一にしている部分において思想又は感情の創作的表現があるものと認められる。

これに対し、中島選手の前記相違点のうち、①⁽⁸⁾及び②⁽⁹⁾は前記のとおり表現上の本質的な特徴とはいえないし（②のチームカラーは氏名の表記下部のごく一部にすぎず、目も惹かない。）、③二重表示の写真の大きさの程度の違いは、いずれもカードのほぼ中央部分に、本体写真よりも大きく拡大された頭部が選手カードの縁まではみ出すように配置され、本体写真の頭部の上

(8) 背番号の数字および選手の氏名の記載部分の表現や金星の数。

(9) 下の背景部分の選手カードの所属球団を表す色が X ゲームの選手カードには存在するの、Y ゲームの選手カードには存在しない点。

方にあり、腰よりも上の上半身のみが本体写真の右上部に配置されるという点では共通していることや、選手カードが表示されるのは主に携帯電話の画面上であることも考慮すると、全体の印象を左右するような大きな違いとはいえない。また、④の二重写真〔原文のママ〕の色味や⑤炎の色味の違い及び閃光を強調する楕円形状の有無の違いはあるものの、Xゲームの選手カードの炎も中央部は黄色であり、閃光も一部黄色であり、閃光という表現自体輝く印象を与えるものといえるから、金色を基調としたYゲームの選手カードと大きく相違する印象を与えるものとはいえず、また、楕円形状の有無も閃光の明るさの程度の違いを認識させるものにすぎないから、これらの相違点が上記共通点から受ける印象を凌駕するものとはいえない。なお、Yは、閃光（後光）の具体的な本数や密度も違うと主張するが、これらも閃光の明るさの程度の違いを認識させるものにすぎず、視覚的には差異を生じさせるものとはいえない。

したがって、Yゲームの中島選手の選手カードは、Xゲームの同選手カードと同一のものとはいえず、別の写真を使用し、全体として金色を基調とした色味に変更することで、新たな表現を加えたものといえるから、複製に当たるものとは認められないものの、Xゲームの同選手カードを翻案したものと認められる」。

b ダルビッシュ選手について

「両ゲームのダルビッシュ選手の選手カードについても……本体写真のポーズ及び配置、多色刷りで本体写真を拡大した二重表示部分の存在、部位や位置関係、背景の炎及び放射線状の閃光の描き方という具体的な表現が共通であり、これによってダルビッシュ選手の力強い投球動作による躍動感や迫力が伝わってくるものであって、両選手カードは、表現上の本質的特徴を同一にしているものと認められ、また、その表現上の本質的特徴を同一にしている部分において思想又は感情の創作的表現があるものと認められる。こ

れに対し、ダルビッシュ選手についての各相違点が上記共通点から受ける印象を凌駕するものとはいえないことは、中島選手と同様である。

したがって、Y ゲームのダルビッシュ選手の選手カードは、中島選手についてと同様に、X ゲームのダルビッシュ選手のカードを翻案したものと認められる」。

c 坂本選手について

「両ゲームの坂本選手の選手カードについては……本体写真のポーズ及び背景のファイアーモチーフの存在が共通である。しかし、X ゲームの坂本選手の選手カードにおいては、選手の二重表示がないため、躍動感や迫力に乏しく、放射線状の閃光もないこととあいまって、他のカードと比較すると全体的に落ち着いている印象を与える。これに対し、Y ゲームの坂本選手の選手カードにおいては、二重表示及び背景の閃光により、選手写真全体に動きと力強さが与えられており、両者は、その表現上の本質的特徴を異にすると認めるのが相当である。

したがって、Y ゲームの坂本選手の選手カードは、X ゲームの同選手のカードを複製又は翻案したものとはいえない」。

d 今江選手について

「両ゲームの今江選手の選手カードについては……いずれも打席でスイング前の状態を右横から撮ったポーズである点で共通し、多色刷りで大きい二重表示部分の存在や位置関係、背景の炎及び放射線状の閃光の描き方という点で具体的な表現が同一であるものの、X ゲームの同選手のカードでは、同選手がバットを立てて構えており、相手の投手と対峙している一瞬の静的状態をとらえたものであるのに対し、Y ゲームの同選手のカードでは、同選手が既にバットを後ろに引き、相手の投手の投げるボールに合わせてスイングを開始する直前の動的瞬間をとらえたものであるため、両者は、その表現上

の本質的特徴を異にすると認めるのが相当である。

したがって、Y ゲームの今江選手の選手カードは、X ゲームの同選手のカードを複製又は翻案したものとはいえない」。

ii) まとめ

控訴審は「Y ゲームの中島選手及びダルビッシュ選手の各選手カードは、X ゲームの各選手カードに依拠して制作されたものと認めるのが相当である」と述べ、また、「Y は、X の著作物の著作権を侵害しないように配慮して Y ゲームの選手カードを制作すべき注意義務を負うところ……その注意義務を怠ったものであって、過失が認められる」と述べた。そして、「以上によれば、Y ゲームの中島選手及びダルビッシュ選手の各選手カード（以下『本件2選手カード』という。）は、X の選手カードの翻案権を侵害したものである。また、Y は、これらの選手カードのデータをインターネットを経由して、利用者の携帯電話に送信し、これに表示させたものであるから、公衆送信権を侵害したものである」と判示した。

(4) 選手ガチャおよび選手カード以外の Y ゲームの個別表現における著作権侵害および Y ゲーム全体についての著作権侵害について

控訴審は、一部を補正した上で原判決を引用し、いずれの著作権侵害についても認められないと判示した。

2 Y ゲームの配信行為は不法行為に該当するか

控訴審も、Y ゲームの配信行為が不法行為には該当するとは認められないと判断した。

3 損害額について

控訴審は、本件2選手カードの著作権侵害により Y が被った損害を12万

3322 円と算定した。

Ⅲ 検討

1 本判決の意義

本件は、代表的なトレーディングカード（Trading Card）（通称、「トレカ」）であるプロ野球カードを、携帯電話等で提供されるオンラインゲームの一種、SNS ゲームの題材として作成・配信された X ゲームと Y ゲームとの間で、①著作権（複製権、翻案権、公衆送信権）の侵害、②不競法違反（2 条 1 項 1 号ないし 3 号）、および③一般不法行為について争われたものである。原判決は X の請求をいずれも棄却した。その際、原判決は前記①に関して、（i）選手ガチャ、強化、試合（リーグ）および選手カードの「個別表現」ごと、および、（ii）「ゲーム全体」、について著作権侵害の成否を検討しており、さらに、（i）との関係で、（iii）選手ガチャ、強化、試合（リーグ）および選手カードの「まとまった表現」の面からも検討を行っている。控訴審では、著作権侵害を理由とする損害賠償請求と不法行為を理由とする損害賠償請求のみが審理の対象となった。そして、著作権侵害の基本的な判断枠組みについて上に示した原判決の考え方を踏襲した上で、中島選手とダルビッシュ選手の本件 2 選手カードの個別表現について翻案権（および公衆送信権）の侵害を認め、損害賠償の一部を認容する本判決を下した。

ゲームソフトが対象となった著作権侵害の判決例は、これまでも数例出されている。しかし、初期のものは人気ソフトの海賊版の作成、いわゆる「デッドコピー」の事例であり、複製や翻案の成否が問題となることは少なかったし、しかも、それらの事例はゲームソフトをプログラムの面から著作物として捉えるものであった⁽¹⁰⁾。また、ゲームソフトの映像面を著作物と捉えた上

(10) 東京地判昭和 57 年 12 月 6 日判時 1060 号 18 頁〔スペース・インベーダー・パートⅡ事件〕、横浜地判昭和 58 年 3 月 30 日判時 1081 号 125 頁〔スペース・インベーダー事件〕、大阪地判昭和 59 年 1 月 26 日判時 1106 号 134 頁〔STRATEGY X 事件〕など。

でその無断利用が問題となったものとしては、喫茶店において海賊版のビデオゲーム機を客に遊ばせていた行為を映画著作物の上映権侵害と構成した事例⁽¹¹⁾や、ゲームソフトのキャラクターの図柄を変更した上でアニメーションビデオを制作したことが複製権、翻案権および同一性保持権の侵害に当たるとした事例⁽¹²⁾が存在していたものの、いずれも類似したゲームソフト間で争われたものではなく、映像面から捉えた場合におけるゲームソフトの複製権侵害あるいは翻案権侵害の成否について、その基準や考え方を明確にするものではなかった⁽¹³⁾。こうした状況下において最近になり、釣り★スタ事件⁽¹⁴⁾が現れた。同事件では、原告が製作・配信した携帯電話機用の釣りゲームの画像について、①著作権（翻案権、著作権法28条による公衆送信権）および同一性保持権の侵害、②不正競争行為（不競法2条1項1号）、③一般不法行為の成否が争われた。1審は、①のうち「魚の引き寄せ画面」についての著作権および同一性保持権の侵害を認めたものの、控訴審は原告の請求を全て棄却する判決を下した⁽¹⁵⁾。

本件も釣り★スタ事件に続き、ゲームソフトの映像面について著作権の侵害の成否が主たる争点となった事例であるが、上述したような侵害判断の基本的な枠組みを示したこと、さらには、実際に侵害を肯定した点に本判決の

(11) 東京地判昭和59年9月28日無体裁集16巻3号676頁〔パックマン事件〕。

(12) 東京地判平成11年8月30日（平成10年（ワ）第15575号）裁判所HP〔どぎまぎイマジネーション事件〕。

(13) 上述した判決例のほかに、ゲームソフトの映像やストーリー展開を変化させるメモリーカードやプログラムの製造・販売等が同一性保持権の侵害に当たることが争点となった事例が複数ある（侵害を肯定したものとして、最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔ときめきメモリアル事件上告審〕、東京高判平成16年3月31日判時1864号158頁〔DEAD OR ALIVE 2 事件控訴審〕、侵害を否定したものとして、東京高判平成11年3月18日判時1684号112頁〔三國志Ⅲ事件控訴審〕）。ゲームソフトの著作物性について分析・検討しているという点では、これらの事件も複製や翻案の範囲を考える際に参考となるといえる。

(14) 東京地判平成24年2月23日（平成21年（ワ）第34012号）裁判所HP〔釣り★スタ事件1審〕、知財高判平成24年8月8日判タ1403号271頁〔同控訴審〕。

(15) その後、原告は上告および上告受理の申立てを行ったが最高裁はいずれも認めず、平成25年4月16日、同判決は確定している。

意義を認めることができよう。また、オンラインゲームは今日、あらゆる国民層にとって必需品となった携帯電話（スマホを含む）のユーザーにとって音楽や動画と共に関心が高く、有力なデジタルコンテンツである。それゆえ、オンラインゲームを巡っての競争を繰り広げる制作者や配信業者、あるいはプラットフォーム運営会社にとって本判決は、オンラインゲームの開発時における著作権を中心とする知的財産権の問題についての大きな指針になるという意味でも重要であろう。

以下、本評釈では主として翻案権侵害に焦点を当てて検討を加えることとする⁽¹⁶⁾。

2 翻案の成否の一般基準

本判決は、まず、「著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することができる別の著作物を創作する行為をいい」、②「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には翻案には当たらない」と述べる。この部分の判旨について江差追分事件上告審を引用していることから分かるように、本判決は翻案権侵害の成否について、同上告審の判断枠組を踏襲したものである。上記①の「本質的な特徴を直接感得できるか」という判断基準は、旧著作権法下において、モンタージュ写真事件第一次上告審⁽¹⁷⁾が同一性保持権侵害に関して明らかにしたものであるが、その後、複製権侵害および翻案

(16) 原判決の評釈として、森定勇二「判批」パテント 68 巻 10 号 15 頁（2015 年）、本判決の評釈として、笈圭「判批」発明 112 巻 9 号 54 頁（2015 年）がある。

(17) 最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 巻 3 号 244 頁。

権侵害の成否を判断する基準として用いられていたところ⁽¹⁸⁾、江差追分事件において最高裁がこれを認めたものである⁽¹⁹⁾。江差追分事件は言語著作物の事案であるが、その判旨は、それ以外の著作物の翻案についても当てはまると解されている⁽²⁰⁾。

ところで、江差追分事件上告審が示した上記判旨①と②のうち、「依拠」の要件に関する部分を除いた部分（以下では、それぞれ「江差追分判旨Ⅰ」、「江差追分判旨Ⅱ」あるいは単に「判旨Ⅰ」、「判旨Ⅱ」などと呼ぶ）の関係を巡っては争いがある⁽²¹⁾。すなわち、判旨Ⅰの「表現上の本質的な特徴を直接感得することができる」ということと、同Ⅱの「表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には翻案には当たらない」ということの関係につき、イ）判旨ⅠとⅡは翻案が成立する要件を単に言い換えただけであって同一のものである、とする考え方（「創作的な表現の共通性一元論」や「部分比較論」などと呼ばれる）⁽²²⁾と、ロ）判旨Ⅰを独立の要件と捉え、Ⅱとの関係で翻案には

(18) 「本質的な特徴の直接感得基準」が翻案権のみならず、複製権および同一性保持権の侵害判断基準として裁判所において用いられてきたこと、および、その判決例については、上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成——『複製又は翻案』の問題性（2・完）」知的財産法政策学研究 42 号（2013 年）39 頁、57 頁参照。

(19) 下級審では、「内面的形式の同一性」および「基本的な内容または思想・感情の同一性」という基準も翻案権侵害の成否の判断において用いられていた。江差追分事件上告審は、こうした判例の状況を「本質的な特徴の直接感得性」の基準に統一したと評価されている。これら 3 つの基準を支持する学説と判例については、高部真規子「判例からみた翻案の判断手法」著作権研究 34 号（2007 年）4 頁、5 頁参照。

(20) 高部真規子「判解」最判解説民事篇平成 13 年度（下）（2004 年）549 頁、562 頁。たとえば、東京高判平成 14 年 9 月 6 日判時 1794 頁〔記念樹事件控訴審〕（音楽）、知財高判平成 17 年 6 月 14 日判時 1911 号 138 頁〔武蔵 MUSASHI 事件控訴審〕（映画）、釣り★スタ事件 1 審・控訴審（ゲームソフト）など。

(21) この問題に関する判例と学説の簡便な整理・分析つき、藤田品子「著作権侵害（2）類似性」小泉直樹＝末吉互編『ジュリスト増刊 実務に効く知的財産判例精選』（有斐閣、2014 年）165 頁。

(22) この考え方を採るものとして、田村善之「釣り★スタ事件控訴審判批（1）（2・完）」知的財産法政策学研究 41 巻 79 頁・42 巻 89 頁（2013 年）、駒田泰士「複製または翻案における全体比較論への疑問」齊藤博先生御退職記念論集『現代社会と著作権法』（弘文堂、2008 年）304 頁など。

当たらないとはいえない場合、換言すれば、創作的な表現部分の同一性が認められる場合であったとしても、本質的な特徴を直接感得できなければ翻案には当たらない可能性を肯定する考え方（「本質的な特徴の直接感得性独自性説」や「全体比較論」と呼ばれる）⁽²³⁾の対立である（本判決は全体比較論を採用したと評価できるものであるが、この点については3で詳述する）。

本判決は上記①および②に続けて、③「複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との共通性を有する部分が……思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である。そして、『創作的』に表現されたというためには……作者の何らかの個性が表現されたもので足りる……が……表現が平凡かつありふれたものである場合には……創作的な表現であるということとはできない」とする。著作権法の保護対象は「表現」であり「アイデア」には及ばないとの「アイデアと保護の二分論」はいずれの国の著作権法においても認められる基本的原理の1つであり、わが国でも著作物を「思想又は感情の表現」と定義しているところである（著2条1項1号）⁽²⁴⁾。また、同定義では表現が「創作性」を有していることを

(23) 全体比較論は江差追分事件上告審の担当調査官であった高部眞規子判事が強くこれを支持する。具体的には次のように述べる：「既存の著作物が別の著作物の中の一部に取り込まれた場合に、新たに思想又は感情を創作的に表現されたものが加わったことによって、同一性ある部分が新しい著作物の中で埋没してしまい、表現上の本質的な特徴を直接感得することができないほど色あせた状態になる場合がありえところ、そのときは、判決要旨1〔本評釈にいう江差追分判旨Ⅰ〕の翻案の客観要件のうち、『表現上の本質的な特徴の同一性の維持』及び『表現上の本質的な特徴の直接感得』の要件を欠き、これにより翻案とはいえないとの判断をされることになる」（高部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』（金融財政事情研究会、2012年）263-264頁）。このほか、高部・前掲注（19）、同・前掲注（20）も参照。他にロ）の考え方に賛意を示すものとして、横山久芳「翻案権侵害の判断構造」齊藤博先生御退職記念論集『現代社会と著作権法』（弘文堂、2008年）281頁（ただし、同「釣り★スタ事件控訴審判批」判評655号（判時2190号）32頁注（6）は、「直接感得性説」と「全体比較論」とは異なる点を指摘する）、上野・前掲注（18）、高林龍『標準 著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）82頁など。

(24) アイデアが著作物でないとの考え方を明らかにする判決例としては、知財高判平成24年4月25日（平成24年（ネ）第10004号）裁判所HP〔編み物編み図事件控訴審〕、知財高判平成24年2月22日判時2149号119頁〔スペースチューブ事件控訴審〕、東

求めているが、この創作性については、作者の個性が多少とも現れていればよく、他方で、誰が著作しても同じになるような平凡あるいはありふれたものは除外される、などと一般的に理解されている⁽²⁵⁾。判旨③は、既存の著作物と被疑侵害著作物の「創作的な表現」が共通していることが、複製と翻案に求められる共通した要件であることを示しているといえよう。

3 本判決における判断の基本枠組み

原判決は、第一に、選手ガチャ、強化、試合（リーグ）および選手カードの「個別表現」ごとに、複製権および翻案権の侵害の成否を判断しているが、その具体的な過程は、① X ゲームと Y ゲームの表現の内容をそれぞれ特定する、② 特定した内容を比較し、共通点と相違点を明らかにした上で、「本質的な特徴の同一性を維持しているか」という基準によって複製の該当性を判断する、③ 共通点を比較し、「アイデアにすぎないか、ありふれた表現として創作性がない表現か」という基準によって翻案の該当性を判断する⁽²⁶⁾、④ 共通点に創作性が認められると仮定した上で、前記③の共通点の創作性の程度を加えて全体的に観察し、X ゲームの「表現上の本質的な特徴を直接感

京高判平成13年1月23日判時1751号122頁〔カエル擬人化事件控訴審〕、大阪高判平成6年2月25日知的裁集26巻1号179頁〔脳波数理解析論文事件控訴審〕など。

(25) 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）60頁以下、斉藤博『著作権法概論』（勁草書房、2014年）38頁以下など。

(26) 著作権侵害を判定する手法としては、①侵害されたとする著作物における創作性の有無とその特定を行い、その後に、被疑侵害品と比較した上で当該創作性ある表現が再生されているかを判断することによって行うという「二段階テスト」と、②侵害されたとする著作物と被疑侵害品との共通部分を特定し、その共通部分が著作権法で保護される創作的表現に該当するかを判断して決定するという「濾過テスト」がある。いずれの手法を採ろうとも、適切に判断が行われるのであれば正しく著作権侵害の成否を判定できるが、「創作的な表現と認めた部分とは無関係なところまで共通しているに過ぎないにも拘わらず類似性を肯定してしまうという、ままた見かける過ちを防ぐという点では、むしろ、濾過テストの方に分がある」（田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）48頁）といえる。他方で、濾過テストには、共通点を細かく特定して創作的表現かアイデア（あるいは創作性のない表現）のいずれかに振り分けてしまうため、共通点を全体として捉えた場合には創作的表現に該当する可能性を見逃してしまうという傾向があるようにも思われる。

得できるか」という基準によって翻案の該当性を判断する、というものである。この後、原判決は、選手ガチャ、強化、試合（リーグ）および選手カードごとに、「まとまった表現」に着目して複製および翻案の成否を検討している²⁷⁾。その判断過程は、前記の「個別表現」ごとの場合とほぼ同様であるが、④の過程は含まれておらずスキップしている。

原判決は、次に、「ゲーム全体」の著作権侵害について、(i)「画面遷移」と(ii)「ゲーム全体」に着目して検討する。具体的判断過程であるが、まず、画面遷移に関しては、①選手ガチャ、スカウト（ミッション）、強化、オーダー、および試合についてXゲームとYゲームの特徴を認定した上で、画面遷移の共通点を特定する、②特定した共通点が創作性を有する表現か否かにより、複製または翻案に当たるか判断する、というものである。また、ゲーム全体に関しては、①両ゲームの共通点を認定した上で、具体的表現の相違点を加味して複製の該当性を判断する、②両ゲームの共通点に創作性が認められるかという基準に照らし、翻案の該当性を判断する、というものである。

以上のことから明らかなように、原判決は、少なくとも選手ガチャ、強化、試合（リーグ）および選手カードの「個別表現」の翻案権の侵害の成否に当たっては、江差追分上告審が示した判旨との関係では、判旨Iを独立の要件と捉えた上で、「全体比較論」を採用しているといえる。

本判決は、上記の原判決における判断手順を基本的には踏襲する形で、選手ガチャ、強化、試合（リーグ）および選手カードの「個別表現」と「ゲーム全体」の2つの観点から著作権侵害の成否を検討しており（ただし、原判決における「まとまった表現」の検討は、「個別表現」ごとの著作権侵害の成否を検討する部分に含めている）、その結果、個別表現のうち、選手カードの中島選手およびダルビッシュ選手の「本件2選手カード」のみ、翻案権の侵害を認めている。中島選手の選手カードを例にとってみると、本判決は、

²⁷⁾ まとまった表現とは、たとえば選手ガチャの場合でいえば「パッケージの出現から選手カードの出現までの表現」を指す。

①両ゲームの具体的表現が一致する点と相違点とを特定する、②具体的表現が一致することから両選手カードは表現上の本質的特徴を同一にしているか、また、その同一部分に創作的表現が認められかを判断する（本判決ではいずれも肯定）、③相違点が共通点から受ける印象を凌駕するかを判断する（否定）、④前記②と③の結果、新たな表現を加えており両ゲームは同一ではないものの（複製を否定）、翻案に当たると認定する、との判断過程を経ている。

本判決判旨（1）（および、そこで引用されている江差追分事件上告審判旨）で示された一般的な判断基準の文言と逐一致したものではないため若干分かりづらいものの、本判決は全体比較論を採用した原判決の考え方に基本的には倣っていること、また、上記②の段階で創作性のある表現が両ゲームの選手カードにおいて共通して存在しているか否かを検討し、さらに、③の段階で相違点（＝新たな創作的表現の追加）を加味した結果、共通点から受ける印象を凌駕するかどうかを判断していること（これは、Yゲームの中島選手カードからXゲームの中島選手カードの本質的な特徴を直接感得することができるかどうかを判断していると理解できる）から、本判決も「全体比較論」に従って翻案の該当性を判断していると評価できる。江差追分判旨Ⅰと同Ⅱの関係をいかに理解するかを巡り、部分比較論と全体比較論の対立があることについてはすでに指摘した。本件と同じ、携帯電話機向けのオンラインゲームの画面表示について翻案権侵害が問題となった釣り★スタ事件控訴審は全体比較論を採用して事例として評価されている⁽²⁸⁾。その意味で本判決は、釣り★スタゲーム事件控訴審に続き、オンラインゲームの画面表示の翻案権侵害につき、全体比較論を用いて判断を行った事例といえることができる⁽²⁹⁾。

(28) 小泉直樹「釣り★スタ事件控訴審判批」ジュリスト1446号（2012年）6頁、7頁、金子徹哉「釣り★スタ事件控訴審判批」民事判例6号（2013年）164頁、167頁など。

(29) 金子・同上は、釣り★スタゲーム事件控訴審以外に画面表示について全体比較論（直接感得性説）に親和的な判決例として、東京地判平成14年9月5日判時1811号127

4 本件2選手カードについての翻案の成否

原判決と本判決は、複製および翻案の成否の判断に関してほぼ同じ枠組みと基準を採用したにもかかわらず、本件2選手カードの翻案の成立については異なる結果となった。中島選手を例に評価に差が現れた要素に着目して比較してみると、たとえば、原判決では、①選手の背景に炎が燃え上がり、後光が差すようなファイアーモチーフが施されていること、②選手画像が二重写しにされている選手カードについては選手画像の背景に当該選手画像を大きく拡大し、多少色を薄くして残影のようにした表示が施されていること、および、③ポーズや構図につき、いずれも同選手が左足を前に出し、バットを振り抜いた姿が同選手の右側から写されていること、を共通点として指摘している⁽³⁰⁾。しかしながらその評価として、①と②の点については、従前のトレーディングカードにおいて採用されていた表現であるからありふれた表現であるし、表現上の特別の工夫もなく、また、③については、ポーズや構図が酷似してはいるものの、それらの選択肢はごく限られているのであるから、ある選手の特定のポーズや構図の写真をそのまま表現することに創作性を認めるのは相当ではない⁽³¹⁾、といった趣旨を述べ、両ゲームの選手カードの共通点はありふれた表現または創作性のない表現なので翻案に当たらないとの判断を下している。さらに、原判決は共通点に創作性が認められるとの仮定において検討を続けるも、具体的な表現が相違すること⁽³²⁾、また、ポー

頁〔サイボウズ事件〕、東京高判平成16年11月24日（平成14年（ネ）631号）裁判所HP〔ティアリングサーガ事件控訴審〕を挙げる。

- (30) 原判決は、選手カードの共通点の認定に当たっては、最初に個別選手ごとではなく、選手カード全体の共通点を指摘し、その後、個別の選手カードの共通点を追加的に指摘するという体裁をとっている。①と②は4選手のカード全部に共通する点、③は中島選手のカードにつき、固有の共通点である。
- (31) 創作性の概念につき、表現の選択肢が限定されている事実に着目する「表現の選択の幅」という考え方がある。詳しくは、中山・前掲注(25)65頁など参照。
- (32) 原判決が指摘する相違する具体的な表現とは、①Xゲームにおいては選手カードの下部に当該選手カードの所属球団を表す色が配されているが、Yゲームにおいては所属球団を表す色が配されていない、②Xゲームにおいては選手カードの中央下部に選手名が名、姓の順で横並びに、白抜きで表示され、背番号が選手名の中央上部に配され

ズや構成が酷似するのはXゲームの選手カード約240枚のうち本件4選手カードに過ぎずほんの一部であること³³⁾を理由に、「Yゲームの『選手カード』はXゲームとの対比において、表現全体から受ける印象を異にし、Xゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得できない」として、翻案の該当性を否定している。

このような原判決の判断に対して本判決は、中島選手を含む両ゲームの4選手のカードにつき、基本的には個別に翻案権侵害の成否を検討している。すなわち、最初に4選手の両カードについて共通点と相違点を特定し、その後、翻案の該当性を論じるという手順を踏んでいる。前記の中島選手のカードとの関係では、共通点として、①本体写真について、その具体的なポーズ、大きさおよびそのカード上の配置の点でその具体的な表現が一致する、②本体写真の上半身を大きく拡大し、本体写真よりも多少色を薄くした背景写真が、多色刷りで残像のように二重表示されていることおよびそのカードにおける配置、③本体写真の下部に、本体写真と背景写真の間に入るように炎が描かれるとともに、全体の背景としても炎が描かれ、カード中央から外方向へ放射線状の閃光を表すような黄色または白の直線的な線（後光）が四方へ向けて描かれているという点を、また、相違点として、i) 二重表示の写真の具体的な大きさや具体的な色味、ii) 炎の具体的な色味および閃光を強調する楕円形状の光の玉がYゲームの選手カードには存在するのに、Xゲームの選手カードには存在しないという点を指摘する。これらを前提に翻案の成否を判断した本判決は、まず、「本体写真のポーズ及び配置、多色刷りで本体写真を拡大した二重表示部分の存在、部位や位置関係、背景の炎及び放射線状の閃光の描き方という具体的な表現が同一であり……両選手カードは、表

ているのに対し、Yゲームにおいては選手カードの左下部に名と姓で二段に、かつ金色で表示され、背番号が右下部に配されている、③Xゲームにおいては背景に赤色を基調とするファイアーモチーフが施されているカードが、Yゲームでは背景に金色を基調とするファイアーモチーフが施されている、といった点である。

33) このことの意味については後述する。

現上の本質的特徴を同一にしているものと認められ、また、その表現上の本質的特徴を同一にしている部分において思想又は感情の創作的表現があるものと認められる」とした³⁴⁾。この部分は共通点①～③を「表現の本質的特徴の同一性」を判定する要素として理解していること、および、「思想感情の創作的表現」と捉えていることが注目される。すなわち、共通点①～③を「ありふれた表現または創作性のない表現なので翻案に当たらない」とした原判決とは正反対の評価である。

次に本判決は、両ゲームの選手カードの相違点について次のように評価する。「二重表示の写真の大きさの程度の違いは、いずれもカードのほぼ中央部分に、本体写真よりも大きく拡大された頭部が選手カードの縁まではみ出すように配置され、本体写真の頭部の上方にあり、腰よりも上の上半身のみが本体写真の右上部に配置されるという点では共通していることや、選手カードが表示されるのは主に携帯電話の画面上であることも考慮すると、全体の印象を左右するような大きな違いとはいえない。また、二重写真〔原文のママ〕の色味や炎の色味の違い及び閃光を強調する楕円形状の有無の違いはあるものの、Xゲームの選手カードの炎も中央部は黄色であり、閃光も一部黄色であり、閃光という表現自体輝く印象を与えるものといえるから、金色を基調としたYゲームの選手カードと大きく相違する印象を与えるものとはいえず、また、楕円形状の有無も閃光の明るさの程度の違いを認識させるものにすぎない」。こうした評価を加えた上で、本判決は「これらの相違点が上記共通点から受ける印象を凌駕するものとはいえない」との判断を下

³⁴⁾ XゲームおよびYゲームの選手カードの写真は、社団法人日本野球機構から提供された写真を利用している。このことと関連して、Yは、「写真は球団から提供された限られた数の写真から選択するものであり、選手の写真は似たような構図であるから、その選択には創作性が認められない」との主張をした。しかし、本判決は「その中からどのポーズの写真を選択して、カードのどの部分に配置するかについては表現の選択の余地があるから、一概にありふれた表現であるということとはできない」と述べている。厳密に言えば、球団から提供された写真とXゲームの選手カードを対比した上で、Xゲームの選手カードにおける創作的表現の特定が必要かもしれない。

している。この判断についても、両ゲームの中島選手カードの間に存在する相違点を加味した評価として、「X ゲームと Y ゲームとは『選手カード』の具体的な表現が相違するものであるから、Y ゲームの『選手カード』に接する者が、その全体から受ける印象を異にし、X ゲームの表現上の本質的な特徴を直接感得することはできない」とした原判決とは対照的である。

以上のことから、選手カードのうち本件2選手カードの翻案成立について、原判決ではこれを否定し、本判決ではこれを肯定したのは、①具体的なポーズ、大きさおよびそのカード上の配置や構図、②多色刷りの二重表示、③本体写真と背景写真の間に入るように炎が描かれるとともに、全体の背景としても炎が描かれていること（ファイアーモチーフ）という共通点につき、原判決は著作権法の保護対象である創作性ある表現に当たらないと解したのに対し、本判決では該当すると判断したこと、および、相違点を加味した上での評価として、原判決はその結果、X ゲームの表現の本質的特徴を感得できないと判断したが、他方で本判決は、共通点から受ける印象を凌駕できないと述べることで、実質的にはこれを肯定する判断をしたことに起因しているということができよう。

さらに、中島選手およびダルビッシュ選手のカードについて翻案の成否の判断が原判決と本判決とで分かれたのは、著作物の捉え方に違いがあったことも指摘できる。すなわち、先に触れたように、原判決は「X ゲームでリリースされた選手カードの種類は約240種類であるところ、上記4選手以外の他に選手のポーズや構成が共通している選手カードが存在することを認めるに足りる証拠はない」と述べ、この事実およびX ゲームとY ゲームの相違点、さらには両ゲームの共通点の創作性の程度を加えて全体的に観察した結果、「X ゲームの表現上の本質的な特徴の直接感得性」を否定したのである。ところが、本判決は中島選手ほか4選手の個々のカードにつき、著作権侵害を分析・検討している。このことは、控訴審においてX が、「X ゲームにおける中島選手、ダルビッシュ選手、坂本選手及び今江選手の各選手カード……

は、美術の著作物であり、その表現のうち、少なくとも①ファイアーモチーフ、②選手画像の二重表示及び③選手のポーズや構図には創作性が認められる」と主張したことからも裏付けられるのであり、換言すれば、Xのこのような主張が功を奏したとも評価できる⁽³⁵⁾。それゆえ、原判決でも中島選手とダルビッシュ選手のカードについては「酷似している」と述べる箇所もあることから、「酷似しているカードのみについて翻案権侵害を認めるという結論に辿り着く余地も残されていたのではないだろうか」⁽³⁶⁾という指摘には共感できる部分もあるが、原判決は選手カード全体を著作物として捉えていたと理解するならば、原判決の結論も（その是非はともかく）致し方ないといえるかもしれない。

原判決と本判決の判断の分かれた理由あるいは事情は以上のように理解できるとして、ではその判断のいずれが妥当であろうか。控訴審段階でXが強く主張した、①ファイアーモチーフ、②選手画像の二重表示、および、③選手のポーズや構図に焦点を当ててみると、原判決は①と②については従前のトレーディングカードにおいて採用されていた表現であることを理由に、これを「ありふれた表現」とか「表現上の特別の工夫があるとはいえない」などと評価している。また、③についても、「選択肢はごく限られており」などと述べている。原判決のこうした評価は釣り★スタ事件の控訴審の評価と類似しているように思われる。すなわち、同控訴審は、1審が翻案の成立を認めた「魚の引き寄せ画面」についての評価として⁽³⁷⁾、「水中のみを描く

(35) 約240枚の選手カードのうち、たった2枚のカードのみの著作権侵害を肯定してよいのかという問題があるかもしれないが、この点は、差止めの範囲を本件2選手のカードに限定するとか、本判決でもそうしたように、損害賠償額の算定で工夫すればよいように思われる。

(36) 森定・前掲注(16)19頁。

(37) 釣り★スタ事件1審は、「水面上を捨象して、水中のみを真横から水平方向の視点で描いている点」、「水中の中央に、三重の同心円を大きく描いている点」、「水中の魚を黒い魚影で表示し、魚影が水中全体を動き回るようにし、水中の背景は全体に薄暗い青系統の色で統一し、水底と岩陰のみを配置した点」、「魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の一定の位置に来たときに決定キーを押すと魚を引き寄せやすくするよ

ことや水中の画像に魚影、釣り糸及び岩陰を描くこと、水中の画像の配色が全体的に青色であることは……他の釣りゲームにも存在するものである上、実際の水中の影像と比較しても、ありふれた表現といわざるを得ない」、「水中を真横から水平方向に描き、魚影が動き回る際にも背景の画像は静止していることは、原告作品の特徴の1つでもあるが、このような手法で水中の様子を描くこと自体は、アイデアというべきもの」、「三重の同心円を採用することは、従前の釣りゲームにはみられなかったものであるが、弓道、射撃及びダーツ等における同心円を釣りゲームに応用したものというべきものであって、釣りゲームに同心円を採用すること自体は、アイデアの範疇に属するもの」、「静止した同心円と動き回る魚影の位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを表現することは、ゲームのルール」などと述べ、原告作品と被告作品との相違点をも考慮すると、被告作品から原告作品の「表現上の本質的な特徴を直接感得できるということはできない」と判断している。確かに、魚の引き寄せ画面を描写する際に、水中のみを描くことやその配色を全体として青色にすること、水中を真横から水平方向に描くこと、三重の同心円を採用すること等の個々の手法はありふれており、釣りゲーム以外のジャンルで既に用いられているものであるといえるかもしれないが、しかしながら、それらを組み合わせて作り上げる魚の引き寄せ画面には一定の幅あるいは選択肢が存在すると考えられ、創作性を肯定してもよいように思われる。また、このような魚の引き寄せ画面の創作性を否定することは、他者によるデッドコピーさえ容認する結果となり、創作のインセンティブを確保するという著作権法の趣旨に照らしても妥当ではないであろう⁽³⁸⁾。

本件についても同様に考えることができる。すなわち、①ファイアーモチー

うにした点」を、「原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴といえる」と評価していた。

(38) 小泉・前掲注(28)7頁も、「微妙な判断であるが」と断りつつ、「多数の先行作品が競合する釣りゲーム分野において初めて採用された表現についてのその選択の幅を広く認めないことは、結果として、本分野の先行者の利益の軽視につながりかねない」と述べる。

フ、②選手画像の二重表示、および、③選手のポーズや構図は、その1つ1つはアイデアに近いものであり、また、表現に該当するとしても「ありふれた表現」、「表現上の特別な工夫があるとはいえない」かもしれないが、少なくともこれらの複数の要素が組み合わされて出来上がっている選手カードには作者の多少の個性が現れており、誰が著作しても同じになるようなものではなく、選択の幅が狭いとはいえないと評価できる³⁹⁾。こうしたことから、中島選手およびダルビッシュ選手の2枚のカードにつき、翻案の成立を認めた本判決の判断の方が妥当なものと思われる。

5 最後に

本件は携帯電話を通じて提供、利用されるオンラインゲームの著作権侵害が争われた事例であるが、そのようなゲームを著作物としてどのように捉えるのか（本件に即していえばゲーム全体、選手カード全体、個々の選手カードなど。また、個々の選手カードに着目するにしても、「個別の表現」なのか一連の動き全体としての「まとまった表現」なのか。さらには、映像面と音響面の両要素の関係など）、あるいは、携帯電話の比較的小さな画面で表示されることが創作性および類似性の評価にどのような影響を及ぼすのかという、携帯電話用ゲームに特有の事情に関する問題に対して、一定の示唆が含まれているように思われる。また、それと同時に、本件は翻案の成否の判断（具体的には「全体比較論」と「部分比較論」との対立、アイデアと表現の区別、創作性の判断など）という著作権法において極めて重要かつ基本的な問題と関連していることも明らかになった。

本件には著作権侵害以外にも、一般不法行為や不競法上の問題、損害賠償

³⁹⁾ Xも、控訴審において、「仮に個々の構成要素がありふれたものであっても、その組合せにこれまで類を見ない個性が表れていれば、その組合せによる表現については当然に創作性が認められるべきである。Xゲームの4選手カードは、上記〔①～③〕の各構成要素を組み合わせて作成されたものであり（坂本選手については二重表示を除く）、全体的に観察すればその創作性が肯定されることは明らかである」との主張を行っていた。

額の算定の問題など、興味深いテーマが含まれているが、これらのテーマについては他日に期することとしたい。

【選手カード】

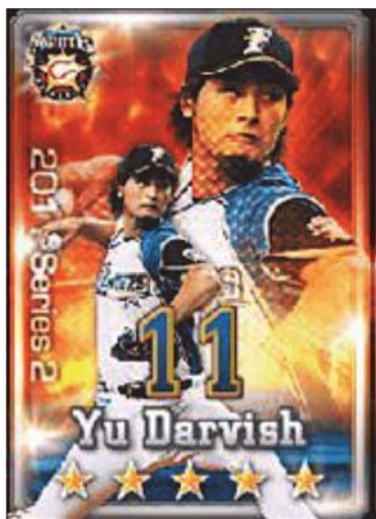
(X ゲーム)

(Y ゲーム)

1 中島裕之選手



2 ダルビッシュ有選手



(X ゲーム)

3 坂本勇人選手



(Y ゲーム)



4 今江敏晃選手

